Naciones Unidas S/2012/9



# Consejo de Seguridad

Distr. general
9 de enero de 2012
Español
Original: inglés

## Carta de fecha 6 de enero de 2012 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General

Tengo el honor de transmitirle la nota verbal adjunta, que me ha sido remitida por la Secretaria de la Corte Penal Internacional (véase el anexo), así como sus apéndices.

La carta de fecha 13 de diciembre de 2011 (apéndice I), firmada por Sang-Hyun Song, Presidente de la Corte Penal Internacional, remite al Consejo de Seguridad una decisión en la que, conforme al artículo 87 7) del Estatuto de Roma, se constata la negativa de la República de Malawi a cooperar con la Corte y, por consiguiente, transmite la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I, también de 13 de diciembre de 2011, titulada "Corrección de la decisión adoptada conforme al artículo 87 7) del Estatuto de Roma sobre la negativa de la República de Malawi a dar curso a las solicitudes de cooperación formuladas por la Corte en relación con la detención y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir" (apéndice II).

La Secretaria, de conformidad con el artículo 17 3) del Acuerdo de relación entre las Naciones Unidas y la Corte, remite la carta y la decisión para que a su vez sean transmitidas al Consejo.

Le agradecería que tuviera a bien señalar la presente carta y su anexo y apéndices a la atención de los miembros del Consejo de Seguridad.

(*Firmado*) **BAN** Ki-moon

12-20342 (S) 160112 170112



# Anexo

## Nota verbal de fecha 13 de diciembre de 2011 dirigida al Secretario General por la Secretaria de la Corte Penal Internacional

La Secretaria de la Corte Penal Internacional tiene el honor de remitir, para su posterior transmisión al Consejo de Seguridad conforme al artículo 17 3) del Acuerdo negociado de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, la carta del Presidente de la Corte de fecha 13 de diciembre de 2011, por la que este remite al Consejo una decisión en virtud del artículo 87 7) del Estatuto de Roma en la que se constata la negativa de la República de Malawi a cooperar con la Corte.

Para cualquier cuestión o información adicional, sírvase dirigirse a Alexander Khodakov, Asesor Especial de Relaciones Externas y Cooperación, por correo electrónico (alexander.khodakov@icc-cpi.int), teléfono (+31 70 515 8662) o fax (+31 70 515 8567), o a Anne-Aurore Bertrand, Asesora de Cooperación, Oficina del Secretario, por correo electrónico (anneauxore.bertrand@icc-cpi.int) o teléfono (+31 70 515 8202).

## Apéndice I

Por la presente se informa de que la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional, en sus actuaciones en el caso *Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ha constatado, conforme a los artículos 86, 87 7) y 89 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que la República de Malawi se ha negado a dar curso a una solicitud de cooperación, impidiendo por tanto que la Corte ejerza sus funciones y facultades.

De conformidad con la norma 109 4) del Reglamento de la Corte, procedo a remitirle la cuestión y le transmito la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I.

(*Firmado*) Sang-Hyun **Song**

# Apéndice II

**Cour**
**Pénale**
**Internationale**

**International**
**Criminal**
**Court**

Original: **inglés**

Núm.: **ICC-02/05-01/09**
Fecha: **13 de diciembre de 2011**

**SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES I**

**Integrada por:** **Magistrada Samji Mmasenono Monageng, magistrada presidente**

**Magistrada Sylvia Steiner**
**Magistrado Cuno Tarfusser**

**SITUACIÓN EN DARFUR (SUDÁN)**

***FISCAL C. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR***

**Documento público**

**Corrección de la decisión adoptada conforme al artículo 87 7) del Estatuto de Roma sobre la negativa de la República de Malawi a dar curso a las solicitudes de cooperación formuladas por la Corte en relación con la detención y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir**

Documento que deberá notificarse de conformidad con la norma 31 del *Reglamento de la Corte* a:

**Fiscalía**
Sr. Luis Moreno-Ocampo
Sra. Fatou Bensouda

**Defensa**

**Representantes legales de las víctimas**

**Representantes legales de los solicitantes**

**Víctimas no representadas**

**Solicitantes no representados (participación/reparación)**

**Oficina del Defensor Público para las Víctimas**

**Oficina del Defensor Público para la Defensa**

**Representantes de Estados**
Autoridades competentes de la República de Malawi

***Amicus Curiae***

**SECRETARÍA**

---

**Secretaria**
Sra. Silvana Arbia

**Secretario adjunto**
Sr. Didier Preira

**Dependencia de Víctimas y Testigos**

**Sección de Detención**

**Sección de Reparación y Participación de las Víctimas**

**Otros**

**La Sala de Cuestiones Preliminares I** de la Corte Penal Internacional (la "Sala" y la "Corte", respectivamente) dicta la presente decisión sobre la negativa de la República de Malawi a dar curso a las solicitudes de cooperación formuladas por la Corte en relación con la detención y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir").

**Antecedentes y alegaciones de la República de Malawi**

1. El 31 de marzo de 2005, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó la resolución 1593 (2005)[1], en la que remitía a la Corte la situación en Darfur y "[exhortaba] a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que [cooperaran] plenamente" con la Corte.

2. El 4 de marzo de 2009, la Sala emitió su "Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de que se dicte una orden de detención contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir"[2] (la "Decisión de 4 de marzo de 2009") en la que, en relación con la posición de Omar Al Bashir como Jefe de Estado, se afirmaba lo siguiente:

> *41. Por otra parte, sobre la base de la documentación presentada por la Fiscalía para justificar su solicitud y sin perjuicio de la determinación que posteriormente se adopte con arreglo al artículo 19 del Estatuto, la Sala considera que la actual posición de Omar Al Bashir como Jefe de un Estado que no es parte en el Estatuto carece de efecto alguno en la competencia de la Corte sobre la presente causa.*
>
> *42. La Sala llega a esta conclusión sobre la base de las cuatro consideraciones que se indican a continuación. En primer lugar, la Sala observa que, de conformidad con el preámbulo del Estatuto, uno de los objetivos fundamentales del Estatuto es poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, que "no deben quedar sin castigo".*
>
> *43. En segundo lugar, la Sala observa que, para lograr este objetivo, el artículo 27 1) y 2) del Estatuto establece los siguientes principios fundamentales:*
>
> *i) "El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial";*
>
> *ii) "[...] el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena"; y*
>
> *iii) "Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella".*
>
> *44. En tercer lugar, de la jurisprudencia reiterada de la Sala sobre el derecho aplicable ante la Corte se desprende que, conforme al artículo 21 del*

[1] S/RES/1593 (2005).
[2] ICC-02/05-01/09-3.

*Estatuto, las demás fuentes del derecho que se mencionan en los párrafos 1) b) y 1) c) del artículo 21 del Estatuto solo pueden aplicarse cuando se cumplen las dos condiciones siguientes: i) la existencia de una laguna en las disposiciones escritas contenidas en el Estatuto, los Elementos de los crímenes y las Reglas; y ii) la imposibilidad de colmar esa laguna aplicando los criterios de interpretación que se establecen en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el artículo 21 3) del Estatuto.*

*45. En cuarto lugar, como la Sala ha destacado recientemente en su "Decisión sobre la solicitud formulada conforme a la regla 103", de 5 de febrero de 2009 al remitir la situación de Darfur a la Corte, en virtud del artículo 13 b) del Estatuto, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas también aceptó que la investigación sobre esa situación, así como cualquier procesamiento que se derivara de ella, se produciría de conformidad con el marco normativo establecido en el Estatuto, los Elementos de los crímenes y las Reglas en su conjunto. (se omiten las notas)*

3. Los días 4 de marzo de 2009 y 12 de julio de 2010, respectivamente, la Sala dictó sendas órdenes de detención contra Omar Al Bashir que aún no se han ejecutado[3].

4. Los días 6 de marzo de 2009 y 21 de julio de 2010, respectivamente, la Secretaría envió, a petición de la Sala, la "Solicitud a todos los Estados Partes en el Estatuto de Roma para que detengan y entreguen a Omar Hassan Ahmad Al Bashir"[4], y la "Solicitud complementaria a todos los Estados partes en el Estatuto de Roma para que detengan y entreguen a Omar Hassan Ahmad Al Bashir"[5] (las "Solicitudes de cooperación"), en las que se solicitaba la cooperación de todos los Estados partes en la detención y entrega de Omar Al Bashir de conformidad con, entre otros, los artículos 89 1) y 91 del Estatuto de Roma (el "Estatuto"). La República de Malawi es Estado Parte en el Estatuto desde el 1 de diciembre de 2002, por lo que recibió notificación de las Solicitudes de cooperación.

5. El 18 de octubre de 2011, la Secretaría presentó su "Informe sobre la visita de Omar Al Bashir a Malawi" (el "Informe")[6], en el cual la Secretaria informó a la Sala de que:

i) Varios medios de comunicación habían informado de que Al Bashir había visitado la República de Malawi el 14 de octubre de 2011 y había "participado en una cumbre del Mercado Común del África Oriental y Meridional (COMESA) en Lilongwe, capital de Malawi, que tuvo lugar los días 14 y 15 de octubre";

ii) La Secretaria había enviado una nota verbal a la Embajada de la República de Malawi en Bruselas el 13 de octubre de 2011 (la "Nota verbal")[7], recordando a la República de Malawi sus obligaciones jurídicas en virtud del Estatuto y solicitando su cooperación en la detención y entrega de Al Bashir "en caso de que este último entre en territorio de Malawi"; y

---

3 ICC-02/05-01/09-1; ICC-02/05-01/09-95.
4 ICC-02/05-01/09-7.
5 ICC-02/05-01/09-96.
6 ICC-02/05-01/09-136-Conf and Conf Anx 1 a 4.
7 ICC-02/05-01/09-136-Conf Anx 4.

iii) Hasta el momento no se había recibido respuesta alguna.

6. En su Nota verbal, la Secretaria: a) recordaba a la República de Malawi que la obligación de detener y entregar a personas sujetas a una orden de detención dictada por la Corte se aplicaba a "todas las personas destinatarias de una orden de detención, incluido el Presidente Al Bashir"[8]; b) advertía a la República de Malawi de que, de conformidad con el artículo 87 7) del Estatuto, "cuando, en contravención de lo dispuesto en el Estatuto, un Estado Parte se niegue a dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la Corte, esta podrá hacer una constatación de falta de cooperación y remitir la cuestión al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas"[9]; y c) invitaba a las autoridades competentes de la República de Malawi a celebrar consultas con la Corte en caso de que tuvieran dificultades de cualquier tipo para ejecutar las Solicitudes de cooperación, como se establece en el artículo 97 del Estatuto. Las autoridades competentes de la República de Malawi no solicitaron la celebración de consultas y no plantearon ningún problema en relación con la ejecución de las Solicitudes de cooperación ni facilitaron información pertinente a la Corte sobre ese particular.

7. El 19 de octubre de 2011, la Sala dictó su "Decisión por la que se solicitan observaciones sobre la reciente visita de Omar Al Bashir a Malawi"[10], ordenando a la Secretaria que transmitiera una copia del Informe a las autoridades competentes de la República de Malawi e invitando a dichas autoridades a que presentaran, de conformidad con la norma 109 3) del Reglamento de la Corte (el "Reglamento"), cualesquiera observaciones sobre el Informe, en particular en lo que respecta a la presunta negativa de la República de Malawi a dar curso a las Solicitudes de cooperación.

8. El 11 de noviembre de 2011, la Secretaría incluyó en su registro público la "Transmisión de las observaciones de la República de Malawi"[11], junto con dos anexos confidenciales. En el anexo confidencial 2 (las "Observaciones de la República de Malawi"), la República de Malawi formuló las siguientes observaciones en relación con la falta de cumplimiento de las Solicitudes de cooperación presentadas por la Corte:

*El Ministerio [de Relaciones Exteriores] desea confirmar que el Excelentísimo Señor Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Presidente de la República del Sudán, participó en una cumbre de la COMESA que tuvo lugar en Lilongwe (República de Malawi) los días 14 y 15 de octubre de 2011. El Ministerio desea manifestar que, dado que el Excelentísimo Señor Al Bashir es un Jefe de Estado en ejercicio, Malawi le concedió todos los privilegios e inmunidades que se reconocen a cualquier Jefe de Estado y de Gobierno que visita el país; esos privilegios e inmunidades incluyen la exención de detención y enjuiciamiento en el territorio de Malawi.*

*El Ministerio desea informar a la estimada Secretaría de la Corte Penal Internacional de que Malawi concedió al Excelentísimo Señor Presidente Al Bashir esos privilegios e inmunidades de conformidad con principios*

[8] *Ibid.*
[9] *Ibid.*
[10] ICC-02/05-01/09-137.
[11] ICC-02/05-01/09-138 y anexos confidenciales 1 y 2.

*arraigados del derecho internacional público y con arreglo a la Ley de inmunidades y privilegios de Malawi.*

*Asimismo, el Ministerio desea manifestar que el Sudán, cuyo Jefe de Estado es el Excelentísimo Señor Presidente Al Bashir, no es parte en el Estatuto de Roma y, en opinión de las autoridades de Malawi, el artículo 27 del Estatuto que, entre otras cosas, exime de inmunidad a los Jefes de Estado y de Gobierno, no resulta aplicable.*

*El Ministerio también desea informar a la estimada Secretaría de la Corte Penal Internacional de que Malawi, en su calidad de miembro de la Unión Africana, comparte plenamente la posición adoptada por la Unión Africana en lo que respecta al procesamiento de Jefes de Estado y de Gobierno en ejercicio de países que no son partes en el Estatuto de Roma.*

*Por consiguiente, el Ministerio desea informar a la estimada Secretaría de la Corte Penal Internacional de que, teniendo en cuenta lo que antecede, Malawi no estaba en condiciones de detener al Excelentísimo Señor Presidente Omar Hassan Ahmad Al Bashir cuando visitó el país para participar en la cumbre de la COMESA.*

**Derecho aplicable y examen de la cuestión**

9. La Sala observa los artículos 13, 21, 27, 86, 87, 98 y 119 del Estatuto y la regla 195 de las Reglas de procedimiento y prueba (las “Reglas”).

*Cuestiones preliminares*

10. Como cuestión preliminar, la Sala observa que, aunque recibieron una advertencia de la Secretaría antes de la visita de Omar Al Bashir, las autoridades de la República de Malawi decidieron no responder a la Corte ni detener al sospechoso. La Sala deduce de ello que la República de Malawi no cumplió su obligación, contenida en el artículo 86 del Estatuto, de cooperar plenamente con la Corte.

11. La República de Malawi no respetó la autoridad, que incumbe únicamente a esta Corte, de decidir si las inmunidades se aplican en un caso particular. Esto se establece en el artículo 119 1) del Estatuto, que dispone que “las controversias relativas a las funciones judiciales de la Corte serán dirimidas por ella”. Por otra parte, la regla 195 1) establece:

*El Estado requerido que notifique a la Corte que una solicitud de entrega o de asistencia plantea un problema de ejecución en relación con el artículo 98, proporcionará toda la información que sirva a la Corte para aplicar ese artículo. Cualquier tercer Estado interesado o el Estado que envíe podrá proporcionar información adicional para prestar asistencia a la Corte.*

12. Por consiguiente, la Sala considera que, a este respecto, la República de Malawi no cooperó con la Corte para resolver el asunto. La República de Malawi debería haber señalado la cuestión a la atención de la Sala, junto con cualquier información disponible, para que esta se pronunciara al respecto.

*Cuestión sometida a la Corte*

13. Dicho lo anterior, dada la importancia de las cuestiones planteadas a la Corte, la Sala se pronunciará sobre el fondo del asunto de la falta de cooperación de

Malawi. La Sala considera que los argumentos planteados por la República de Malawi para justificar su rechazo a ejecutar las Solicitudes de cooperación pueden resumirse del siguiente modo:

i) Al Bashir es Jefe en ejercicio de un Estado que no es parte en el Estatuto de Roma, por lo que Malawi le concedió inmunidad de detención y enjuiciamiento conforme a "principios arraigados del derecho internacional público" y con arreglo a la "Ley de inmunidades y privilegios de Malawi" (el "Primer argumento");

ii) Dada su condición de miembro de la Unión Africana, la República de Malawi decidió ajustarse plenamente a "la posición adoptada por la Unión Africana en lo que respecta al procesamiento de Jefes de Estado y de Gobierno en ejercicio de países que no son partes en el Estatuto de Roma" (el "Segundo argumento").

14. En cuanto al Segundo argumento, la Sala observa que la República de Malawi no le ha proporcionado ningún documento concreto en el que se exponga la "posición adoptada por la Unión Africana". Sin embargo, la Sala entiende que con este argumento se trata de impugnar la existencia de una orden de detención contra un Jefe de Estado en ejercicio de un país que no es parte en el Estatuto, y recuerda a la República de Malawi que ya rechazó ese argumento en su Decisión de 4 de marzo de 2009 cuando *emitió* su primera orden de detención contra Omar Al Bashir al decidir que, conforme al artículo 27 del Estatuto, "la actual posición de Omar Al Bashir como Jefe de un Estado que no es parte en el Estatuto carece de efecto alguno en la competencia de la Corte sobre la presente causa".

15. No obstante, la Sala observa las diversas resoluciones de la Unión Africana que exigen a sus miembros que no cooperen con la Corte en relación con la orden de detención de Omar Al Bashir[12]. El único argumento jurídico que la Unión Africana ofrece para justificar que su posición jurídica es compatible con el Estatuto se refiere a "las disposiciones del artículo 98 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas a las inmunidades"[13]. La Sala considera que la disposición específica a que se remite la Unión Africana es el artículo 98 1) del Estatuto. Por consiguiente, el análisis de la Sala que figura a continuación, que se refiere a la relación del artículo 98 1) del Estatuto con las presentes circunstancias, también aborda la viabilidad jurídica de la posición de la Unión Africana en que se basa la República de Malawi.

---

[12] Unión Africana, Asamblea, "Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Tribunal (ICC) Doc. Assembly/AU/13(XIII)", 3 de julio de 2009, Assembly/AU/Dec.245(XIII) Rev.1 ("Decisión de la UA de 3 de julio de 2009"), párr. 10; Unión Africana, Asamblea, "Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of Decision Assembly/AU/Dec.270(XIV) on the Second Ministerial Meeting on the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) Doc., Assembly/AU/10(XV)", 27 de julio de 2010, Assembly/AU/Dec.296(XV), párrs. 5 y 6; Unión Africana, Asamblea, "Decision on the Implementation of the Decisions on the International Criminal Court (ICC) Doc. EX.CL/639(XVIII)", 30 y 31 de enero de 2011, Assembly/AU/Dec.334(XVI), párr. 5; Unión Africana, Asamblea, "Decision on the Implementation of the Assembly Decisions on the International Criminal Court – Doc. EX.CL/670(XIX)", 30 de junio y 1 de julio de 2011, Assembly/AU/Dec.366(XVII) ("Decisión de la UA de 30 de junio y 1 de julio de 2011"), párr. 5.

[13] Decisión de la UA de 3 de julio de 2009, párr. 10; Decisión de la UA de 30 de junio y 1 de julio de 2011, párr. 5.

16. La Sala estima que el Primer argumento presentado por la República de Malawi plantea la siguiente cuestión: si, conforme al Estatuto, los Jefes de Estados que no son partes en el Estatuto gozan de inmunidad en relación con la *ejecución* por las autoridades nacionales de una orden de detención dictada por la Corte.

17. La Sala considera que, aunque no se menciona expresamente en las Observaciones de la República de Malawi, la disposición aplicable a este respecto es el artículo 98 1) del Estatuto. Este artículo tiene el siguiente tenor:

> *La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.*

18. La Sala constata las Observaciones de la República de Malawi en las que afirma que "el Sudán, cuyo Jefe de Estado es el Excelentísimo Señor Presidente Al Bashir, no es parte en el Estatuto de Roma y, en opinión de las autoridades de Malawi, el artículo 27 del Estatuto que, entre otras cosas, exime de inmunidad a los Jefes de Estado y de Gobierno, no resulta aplicable". El comentario sugiere que Malawi acepta, y la Sala comparte esa opinión, que la renuncia a la inmunidad es obviamente innecesaria cuando se trata de un tercer Estado que ha ratificado el Estatuto. En efecto, la aceptación del artículo 27 2) del Estatuto implica la renuncia a las inmunidades a efectos del artículo 98 1) del Estatuto en lo que respecta a las actuaciones realizadas por la Corte. No obstante, por los motivos que se indican a continuación, la Sala rechaza el argumento presentado por la República de Malawi de que, en relación con los Estados no partes en el Estatuto, el derecho internacional concede inmunidad a los Jefes de Estado en lo que respecta a los procedimientos ante tribunales internacionales.

*Irrelevancia del derecho interno*

19. La Sala observa que el Primer argumento planteado en las Observaciones de la República de Malawi parece constar de dos partes: la primera se refiere a ciertos principios arraigados del derecho internacional y la segunda, al derecho nacional de la República de Malawi.

20. La Sala no examinará la segunda parte del Primer argumento, puesto que el artículo 98 1) del Estatuto solo se refiere al derecho internacional, excluyendo por tanto cualquier posibilidad de que el Estado requerido se acoja a su derecho nacional para abstenerse de cumplir una solicitud de cooperación remitida por la Corte. Por lo demás, este planteamiento se ajusta a principios arraigados del derecho internacional como los que se consagran en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, que establece:

> *Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.*

21. Por consiguiente, en la medida en que la República de Malawi se remite a su derecho interno para justificar el incumplimiento de las Solicitudes de cooperación, ese argumento es desestimado *in limine* por la Sala.

**Inmunidad de los Jefes de Estado en los procesos internacionales**

22. La Sala procederá a evaluar a continuación si, con arreglo al derecho internacional, los exjefes de Estado o jefes de Estado en ejercicio gozan de inmunidad respecto de los procesos que se llevan a cabo ante los tribunales internacionales.

23. La Sala observa que ya en marzo de 1919, tras la Primera Guerra Mundial, la Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y la aplicación de las penas (Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalities)[14] recomendó el establecimiento de un Tribunal Superior y rechazó la idea de reconocer inmunidades incluso a los Jefes de Estado:

> *En esas circunstancias, la Comisión desea señalar expresamente que en la jerarquía de las personas con autoridad, no hay razón por la cual el rango, por encumbrado que sea, haya de proteger a su titular frente a la responsabilidad, en cualquier circunstancia, cuando dicha responsabilidad haya sido establecida ante un tribunal adecuadamente constituido. Esto se extiende incluso al caso de los jefes de Estado. Se ha formulado un argumento en contra, fundado en la supuesta inmunidad, y en particular en la supuesta inviolabilidad, del soberano de un Estado. Pero este privilegio, cuando se reconoce, es un privilegio fundado en la conveniencia práctica en el derecho interno, y no es fundamental. Sin embargo, aun si, en algunos países, un soberano está eximido de ser enjuiciado ante un tribunal nacional de su propio país, la posición desde el punto de vista internacional es bastante diferente.*

24. Tras la Segunda Guerra Mundial, se establecieron dos tribunales internacionales, en Nuremberg y Tokio respectivamente. El artículo 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional[15] dispone lo siguiente:

> *La posición oficial de los acusados, sea como Jefes de Estado o como altos funcionarios de dependencias gubernamentales, no se interpretará en el sentido de que los exime de responsabilidad ni de que atenúa la pena.*

25. El Tribunal Militar Internacional con sede en Nuremberg reafirmó ese principio en su fallo de 1 de octubre de 1946[16]:

> *El principio de derecho internacional que, en determinadas circunstancias, protege al representante de un Estado, no puede aplicarse a actos que son condenados como criminales por el derecho internacional. Los autores de esos actos no pueden escudarse en su carácter oficial para verse libres de castigo en los procedimientos apropiados.*

---

[14] American Journal of International Law, 1920 (14), pág. 116.

[15] Acuerdo del Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas concerniente al juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945, Naciones Unidas, *Treaty Series*, 1951, núm. 251, pág. 279.

[16] The Trial of German Major War Criminals [Enjuiciamiento de los grandes criminales de guerra alemanes], Actas del Tribunal Militar Internacional con sede en Nuremberg, Parte 22 (22 de agosto a 1 de octubre de 1946), pág. 447.

26. El artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, establecido el 19 de enero de 1946 por el Comandante Supremo de las Potencias Aliadas y cuya sede estaba en Tokio, establece lo siguiente:

*Ni el cargo oficial que haya ocupado un acusado en cualquier momento, ni el hecho de que un acusado haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior será, por sí mismo, suficiente para eximir a dichos acusados de responsabilidad por cualquiera de los crímenes de que se les acuse, pero tales circunstancias podrán ser consideradas como atenuantes de la pena si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere.*

27. En su sentencia, el Tribunal Militar Internacional de Tokio[17] condenó al acusado Hiroshi Oshima, Embajador del Japón en Berlín, a pesar de que este sostenía encontrarse protegido por su inmunidad diplomática:

*La defensa especial invocada por Oshima es que se encuentra protegido por su inmunidad diplomática y exento del enjuiciamiento con respecto a sus actividades en Alemania. La prerrogativa diplomática no entraña inmunidad respecto de la responsabilidad legal, sino solo exención del juicio ante los tribunales del Estado ante el cual un Embajador está acreditado. En todo caso, esa inmunidad no tiene relación con los crímenes contra el derecho internacional que se imputan ante un tribunal dotado de jurisdicción. El Tribunal rechaza este defensa especial.*

28. En 1950, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó los "Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg"[18]. El Principio III establece que:

*El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional.*

29. Asimismo, el artículo 7 2) del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia[19] establece lo siguiente:

*El cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.*

30. En varias ocasiones, especialmente después de la entrega de Slobodan Milosevic, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, señaló que el artículo 7 2) era una disposición declarativa de derecho internacional consuetudinario:

*Las personas son responsables, a título individual, cualquiera sea su cargo oficial, incluso si son jefes de Estado o ministros de gobierno: el artículo 7 2) del Estatuto y el artículo 6 2) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional*

---

[17] Sentencia de Tokio, Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, 29 de abril 1946 a 12 de noviembre de 1948, Volumen I, Rölling and Rüter (eds.), APA, University Press Ámsterdam BV, Ámsterdam 1977, pág. 456.

[18] Asamblea General, *Documentos Oficiales, quinto período de sesiones, Suplemento núm. 12*, Doc. de las Naciones Unidas A/1316 (1950).

[19] Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991, aprobado mediante la resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (25 de mayo de 1993).

*para Rwanda [...] son, sin lugar a dudas, disposiciones declarativas de derecho internacional consuetudinario*[20].

31. El artículo 6 2) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda[21] es idéntico al artículo 7 2) del Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia.

32. La Comisión de Derecho Internacional adoptó el mismo principio en el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[22]. En efecto, el artículo 7 de ese proyecto de código, titulado "Carácter oficial y responsabilidad", establece lo siguiente:

*El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, incluso si actuó como Jefe de Estado o de Gobierno, no lo eximirá de responsabilidad criminal ni atenuará su castigo.*

33. En la causa relativa a la orden de detención[23], la Corte Internacional de Justicia sostuvo que si bien el derecho internacional consuetudinario otorgaba inmunidad ante los *tribunales nacionales* para algunos funcionarios, como el entonces Ministro de Relaciones Exteriores, y *a fortiori* para los Jefes de Estado y de Gobierno, incluso en el caso de la presunta comisión de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, esa inmunidad no podría ser invocada de producirse un enjuiciamiento por un tribunal internacional:

*En cuarto lugar, un exministro de relaciones exteriores o un ministro de relaciones exteriores en ejercicio pueden ser enjuiciados ante ciertos tribunales penales internacionales, que tengan competencia para ello. Sirvan como ejemplo el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, establecidos en virtud de resoluciones del Consejo de Seguridad y en aplicación de lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, así como la futura Corte Penal Internacional establecida por el Convenio de Roma de 1998. El Estatuto de esta última dispone expresamente, en el artículo 27, párrafo 2, que "las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella*[24].

[20] Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *The Prosecutor v. Antón Furundzija* (Causa núm. IT-95-17/I-T), fallo, 10 de diciembre de 1998, párr. 140; véase también Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *The Prosecutor v. Slobodan Milosevic* (Causa núm. IT-99-37-PT), decisión sobre las peticiones preliminares, 8 de noviembre de 2011, párr. 28.

[21] Estatuto del Tribunal Penal Internacional para enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994, aprobado mediante la resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 8 de noviembre de 1994.

[22] Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado por la Comisión en su 48° período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Asamblea General, *Documentos Oficiales, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10*, Doc. de las Naciones Unidas A/51/10.

[23] Arrest warrant of 11 de April 2000 (*Democractic Republic of the Congo v. Belgium*), fallo, 14 de febrero de 2002, I.C.J. Reports 2002.

[24] *Ibid*., párr. 61

34. La Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la orden de detención se refiere exclusivamente a la inmunidad que se reconoce en jurisdicciones nacionales. En la exposición de la opinión mayoritaria de la Corte se hizo referencia a las disposiciones del tribunal internacional que trataban sobre la inmunidad, entre ellas el artículo 27 del Estatuto, y la Corte llegó a la conclusión de que esas disposiciones “no le permiten concluir que exista una excepción de esa índole en el derecho internacional consuetudinario *respecto de los tribunales nacionales*”[25]. Por lo tanto, la opinión sobre la inmunidad reconocida por el derecho consuetudinario que mantiene mayoritariamente la Corte se basa en circunstancias distintas de las actuales, dado que en este caso es un *tribunal internacional* el que ha solicitado una detención en relación con la comisión de crímenes internacionales. Esta distinción es relevante porque, como argumentó Antonio Cassese, la razón fundamental por la que los funcionarios de un Estado extranjero tienen derecho a invocar la inmunidad personal ante los tribunales nacionales es que, de otro modo, las autoridades nacionales podrían utilizar las actuaciones judiciales para impedir o limitar indebidamente la capacidad de un Estado extranjero de actuar en el plano internacional[26]. Cassese destacó que este peligro no se plantea respecto de las cortes y los tribunales internacionales, que son “totalmente independientes de los Estados y están sujetos a estrictas normas de imparcialidad[27]”.

35. Tras el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la orden de detención, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona, al aplicar el artículo 6 2) de su Estatuto[28], que es idéntico al artículo 6 2) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y el artículo 7 2) del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, sostuvo que “parece haber quedado establecido el principio de que la igualdad soberana de los Estados no impide que un Jefe de Estado sea enjuiciado ante un tribunal o una corte penal internacional”[29]. Como lo explicó ese mismo Tribunal Especial:

> *Aunque no es inmediatamente evidente, un motivo para la distinción, a este respecto, entre tribunales nacionales y tribunales internacionales se desprende del principio de que un Estado soberano no puede enjuiciar la conducta de otro Estado; el principio de la inmunidad del Estado es consecuencia de la igualdad entre Estados soberanos, por lo que no es pertinente para los tribunales penales internacionales, que no son órganos de ningún Estado sino que reciben su mandato de la comunidad internacional.*

36. Por lo tanto, la Sala considera que el principio de derecho internacional es que la inmunidad de los exjefes de Estado o jefes de Estado en ejercicio no puede invocarse para evitar el enjuiciamiento por un tribunal internacional. Esta conclusión se aplica igualmente a los exjefes o jefes en ejercicio de Estados que no son partes en el Estatuto cada vez que la Corte ejerza su jurisdicción. En este caso

---

[25] *Ibid*., párr. 58 (sin cursiva en el original).

[26] A. Cassese, *International Criminal Law* (Oxford University Press, segunda edición, 2008), pág. 312.

[27] *Ibid*.

[28] Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, anexo del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona de conformidad con la resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad, de 14 de agosto de 2000, firmado en Freetown el 16 de enero de 2002.

[29] Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Causa núm. SCSL-2003-1AR72(E), decisión sobre inmunidad de jurisdicción, 31 de mayo de 2004, párrs. 51 y 52.

en particular, la Sala señala que ejerce su jurisdicción como consecuencia de una remisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y de conformidad con el artículo 13 b) del Estatuto.

*Inmunidad de los Jefes de Estado en relación con las solicitudes de detención y entrega*

37. La Sala señala que existe una tensión inherente entre los artículos 27 2) y 98 1) del Estatuto y la función que desempeña la inmunidad cuando la Corte solicita cooperación para la detención de un Jefe de Estado. La Sala considera que Malawi, y por extensión la Unión Africana, no tienen derecho a invocar el artículo 98 1) del Estatuto para justificar su negativa a dar curso a las Solicitudes de cooperación.

38. En primer lugar, como se señaló anteriormente, la inmunidad de los Jefes de Estado ante los tribunales internacionales ha sido rechazada en reiteradas ocasiones desde la Primera Guerra Mundial[30].

39. En segundo lugar, en el último decenio ha aumentado el número de enjuiciamientos contra Jefes de Estado llevados a cabo por tribunales internacionales. Cuando se dictó el fallo en la causa relativa a la orden de detención, solo se habían incoado acciones penales contra un Jefe de Estado; este proceso (contra Slobodan Milosevic) comenzó apenas dos días antes de que la Corte Internacional de Justicia emitiera el citado fallo y su existencia no fue ni siquiera mencionada por la Corte en su opinión mayoritaria. Después del 14 de febrero de 2002, los enjuiciamientos de Charles Taylor, Muammar Gaddafi y Laurent Gbagbo por tribunales internacionales, así como la presente causa, muestran que las acciones penales internacionales contra Jefes de Estado han logrado un reconocimiento generalizado y se las considera una práctica aceptada.

40. En tercer lugar, el Estatuto, tras más de nueve años de existencia, cuenta ya con 120 Estados Partes, y todos ellos han aceptado renunciar a la inmunidad que el derecho internacional reconoce a sus más altos funcionarios. Todos estos Estados renunciaron a cualquier pretensión de inmunidad al ratificar lo dispuesto en el artículo 27 2) que establece que: “las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”[31]. Incluso algunos Estados que no son Partes en el Estatuto han permitido en dos ocasiones que determinados asuntos fueran remitidos a la Corte mediante resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, indudablemente a sabiendas de que ello podía implicar el procesamiento de Jefes de Estado que normalmente gozarían de inmunidad de enjuiciamiento en el derecho interno[32].

41. En cuarto lugar, todos los Estados mencionados anteriormente han ratificado el Estatuto o han otorgado a la Corte el ejercicio de “su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional”[33]. Resulta incoherente *prima facie* que Malawi otorgue a la Corte ese mandato y que después

[30] *Supra*, párrs. 23 a 35.
[31] Estatuto, art. 27 2).
[32] S/RES/1593 (2005); S/RES/1970 (2011).
[33] Estatuto, art. 1.

se niegue a entregar a un Jefe de Estado que está siendo enjuiciado por orquestar un genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Interpretar el artículo 98 1) en un sentido que permita justificar que no se entregue a Omar Al Bashir invocando su inmunidad privaría a la Corte y a la justicia penal internacional de la posibilidad de actuar, de un modo que se opone totalmente a la finalidad perseguida por el Estatuto que Malawi ha ratificado.

42. La Sala entiende que el compromiso de la comunidad internacional de rechazar la inmunidad en circunstancias en que los tribunales internacionales solicitan la detención de una persona por la comisión de crímenes internacionales ha rebasado un umbral crítico. Si alguna vez fue apropiado sostener que la inmunidad reconocida por el derecho internacional consuetudinario se aplicaba en este contexto, ciertamente ya no lo es.

43. Por las razones expuestas y la jurisprudencia citada en la presente decisión, la Sala considera que el derecho internacional consuetudinario establece una excepción en lo que respecta a la inmunidad de los Jefes de Estado cuando los tribunales internacionales solicitan su detención por la comisión de crímenes internacionales. No hay conflicto entre las obligaciones de Malawi hacia la Corte y las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional consuetudinario; por lo tanto, el artículo 98 1) del Estatuto no resulta aplicable.

*Consecuencias de las conclusiones de la Sala para los Estados Partes*

44. Por otra parte, la Sala considera que la ausencia de inmunidad frente a enjuiciamientos llevados a cabo por tribunales internacionales se aplica a todo acto de cooperación de los Estados que forma parte integral de esos enjuiciamientos.

45. En efecto, el régimen de cooperación entre la Corte y los Estados Partes, como se encuentra establecido en la Parte IX del Estatuto, no puede equipararse de ninguna manera con el régimen de cooperación que existe entre Estados soberanos. Esta conclusión se desprende claramente de lo establecido en el propio Estatuto, que en su artículo 91 hace referencia al “carácter específico de la Corte”, y en su artículo 102 hace una clara distinción entre “entrega”, es decir, el acto por el que un Estado pone a una persona a disposición de la Corte, y la “extradición”, que es el acto por el que un Estado pone a una persona a disposición de otro Estado con arreglo a lo dispuesto en un tratado, una convención o la legislación nacional.

46. Efectivamente, la Sala considera que cuando los Estados Partes cooperan con la Corte y, por lo tanto, actúan en su nombre, son instrumentos para la aplicación del *jus puniendi* de la comunidad internacional, cuyo ejercicio ha sido confiado a esta Corte en los casos en que los Estados no han procesado a los responsables de la comisión de delitos sometidos a su jurisdicción.

47. Por lo tanto, la Sala considera, con arreglo a lo establecido en el artículo 87 7) del Estatuto, que la República de Malawi no ha dado curso a las Solicitudes de cooperación en contravención de lo dispuesto en el Estatuto y que, por lo tanto, ha impedido a la Corte ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con dicho Estatuto. La Sala decide remitir la cuestión al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y a la Asamblea de los Estados Partes.

**POR LAS RAZONES EXPUESTAS, LA SALA**

**RESUELVE**, con arreglo a lo establecido en los artículos 86, 87 7) y 89 del Estatuto, que la República de Malawi: i) no cumplió con su obligación de celebrar consultas con la Sala, al no plantearle la cuestión de la inmunidad de Omar Al Bashir para que se pronunciara sobre ella y ii) no cooperó con la Corte, al no proceder a la detención y entrega a la Corte de Omar Al Bashir, impidiendo de ese modo que esta ejerciera sus funciones y atribuciones de conformidad con el Estatuto; y

**REMITE**, con arreglo a lo dispuesto en la norma 109 4) del Reglamento de la Corte, la presente decisión al Presidente para que sea transmitida al Consejo de Seguridad, por intermedio del Secretario General de las Naciones Unidas, y a la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto.

Hecho en francés e inglés, siendo auténtica la versión en inglés.

(*Firmado*)

Magistrada Sanji Mmasenono Monageng
Magistrada presidente

(*Firmado*)

Magistrada Sylvia Steiner

(*Firmado*)

Magistrado Cuno Tarfusser

Hecho el martes 13 de diciembre de 2011

En La Haya (Países Bajos)